Journal of Fiqh and Usul
Vol. 53, No. 3, Issue 126
Autumn 2021
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v53i3.85233

فقه و اصول
سال پنجاه و سوم، شماره ۳، شمارهٔ پیاپی ۱۲۶
پاییز ۱٤۰۰، ص ٤٧-٢٧

تعزیر منصوص شرعی؛ حد یا تعزیر؟*
(بازپژوهی فقهی تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی)

دکتر مجتبی جاویدی [1]
استادیار دانشگاه شیراز
Email: dr-mojtabajavidi@shirazu.ac.ir
ابوطالب بنی اسدی
دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه شیراز
Email: a.baniasadi72@gmail.com

چکیده
در خصوص برخورد «حدگونهٔ» قانونگذار با «تعزیرات منصوص شرعی» در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، این پرسش مطرح می‌شود که اساساً ماهیت تعزیرات منصوص شرعی و وجه تمایز آن از حدود مصطلح چیست؟ در منابع فقهی رویکردهای مختلفی اتخاذ شده است: ۱. حدی‌بودن موارد منصوص؛ ۲. تعزیری و مقدربودن آن‌ها؛ ۳. تعزیری و غیرمقدربودن آن‌ها. در این پژوهش رویکرد فعلی قانونگذار و نظر فقهی شورای نگهبان در خصوص «تعزیرات منصوص شرعی» به‌روش توصیفی‌تحلیلی‌انتقادی و با رویکردی اجتهادی، نقد و پس از جمع‌بندی آرای مختلف فقهی، نتیجه‌گیری شده است. بر اساس نتایج حاصل از این تحقیق، «تعزیرات منصوص شرعی» همانند دیگر تعزیرات، مطلقاً منوط به رأی حاکم شرع است؛ لذا برخورد حدگونهٔ قانونگذار با آن‌ها و تأسیس نوع جدیدی از مجازات تعزیری در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی محل اشکال است.

کلیدواژه‌ها: تعزیر منصوص شرعی، حد، تعزیر، فقه امامیه، قانون مجازات اسلامي، شورای نگهبان.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول:۱۳۹۸/۱۱/۱۱؛ تاریخ تصویب نهایی:۱۳۹۹/۰۲/۱۰.
۱ . نویسنده مسئول

"Sharia Taazir Mentioned in Narrations"; Hadd (fixed punishment) or Taazir (discretionary punishment)? (Jurisprudential reinvestigation of note 2 of article 115 of the Islamic Penal Code)

Mojtaba Javidi, Ph.D.,Assistant Professor, Shiraz University (corresponding author)
Aboutaleb Bani Asadi, M.A student of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Shiraz University

Abstract

As regards the treatment of "Sharia Taazirs mentioned in narrations" as Hudud by the legislator in note 2 of article 115 of the Islamic Penal Code, the question arises as to the nature of Sharia Taazirs mentioned in narrations and how they differ from Hudud in their terminological meaning? Different approaches have been adopted in jurisprudential sources: 1- the instances mentioned in narrations are Haddi; 2- such instances are Taaziri and whose amount is prescribed; 3- such instances are Taaziri and whose amount is not prescribed. In this research, the legislator's current approach and the jurisprudential view of the Guardian Council concerning "Sharia Taazirs mentioned in narrations" have been criticized through descriptive, analytical and critical method and with an Ijtihadi approach and after summarizing the different jurisprudential opinions, the conclusion has been made. The results of this study show that "Sharia Taazirs mentioned in narrations", as other Taazirs, are absolutely at the discretion of the Sharia ruler; consequently, their treatment as Hudud by the legislator and establishing a new type of Taaziri punishments in note 2 of article 115 of the Islamic Penal Code is questionable.

Keywords: Sharia Taazir mentioned in narrations, Hadd, Taazir, Islamic Jurisprudence, the Islamic Penal Code, the Guardian Council.

مقدمه

درنتیجهٔ ایرادات شورای نگهبان بر مادهٔ ۱۱۵ و دیگر مواد همسو با آن در لایحهٔ مجازات اسلامی و اعلام خلاف شرع بودن اطلاق مقررات این ماده راجع به توبه و نیز دیگر احکام ارفاقی در تعزیرات منصوص شرعی که از اطلاق مواد مزبور بر می‌آمد (نک: پژوهشکدهٔ شورای نگهبان، ٧٤)، قانونگذار با الحاق تبصرهٔ دوم به مادهٔ ۱۱۵، نوعی از تعزیرات را تحت‌عنوان تعزیرات منصوص شرعی از دایرهٔ اطلاق این ماده و سایر مواد ارفاقیِ تعزیر مستثنی کرد و برخوردی حدگونه دربارهٔ آن اعمال داشت. از یک سو فقدان تعریفی مشخص از مفهوم این عنوان کلی و جدید در قانون مجازات اسلامی و از سوی دیگر ارائهٔ تفسیری موسّع و نامتعارف از آن توسط شورای نگهبان به‌عنوان عامل اصلی ایجاد این تأسیس از دیگر سوی، موج گسترده‌ای از منازعات فقهی‌حقوقی را در میان اندیشمندان حوزهٔ فقه و حقوق جزا به‌دنبال داشته است.

در میان فقها، شهید ثانی برای اولین‌بار به بررسی این موضوع پرداخته است. به اعتقاد شهید ثانی، عموم و اطلاق تعریف محقق حلی در باب تعزیر شرعی، غیرمقدربودن جمیع تعزیرات را افاده می‌کند، درحالی‌که گروهی از روایات بر مقدربودن برخی مصادیق آن دلالت دارند. بر این اساس، وی وجود این مواردِ مقدرِ منصوص را نقض ضابطهٔ ارائه‌شده توسط محقق حلی می‌پندارد و لذا تعریف جدیدی را دراین‌باره ارائه می‌دهد. این اشکال شهید ثانی توجه سایر فقها را نیز به خود معطوف داشته است، به‌طوری‌که فقهای پس از او، رویکردهای متفاوتی را اتخاذ کرده‌اند: برخی تعزیری‌بودن موارد مقدر را به‌مقتضای تقدیرشان نمی‌پذیرند و آن‌ها را در شمار حدود به حساب آورده‌اند (نک: تبریزی، ۱۱؛ مشکینی، ۲۰۳؛ منتظری، ٤)؛ برخی دیگر، اگرچه اصل در تعزیر را عدم تقدیر می‌دانند، لیکن در مواجهه با تعزیرات منصوص، این موارد را حمل بر خلافِ اصل کرده و کلیت‌داشتن اصل مزبور را مورد تردید قرار داده‌اند (نک: شهید ثانی، ٣٢٦/٤؛ گلپایگانی، ٢٠/١؛ مقدس اردبیلی، ١٧٧/١٣)؛ عده‌ای نیز از باب متابعت از اصول و عمومات باب تعزیر، تقدیری‌بودن را به مقتضای تعزیری‌بودن موارد مزبور، نپذیرفته و موارد منصوص را حمل بر مصداق کرده‌اند (نک: مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ١١).

مقالهٔ حاضر می‌کوشد با مراجعه به نظرات فقها و ادلهٔ تفصیلی آن‌ها، این موضوع را به‌روش توصیفی‌تحلیلی‌انتقادی و با رویکردی اجتهادی بررسی کند و در ضمنِ ارائهٔ تعریف پذیرفته‌شدهٔ فقها از تعزیرات منصوص شرعی، به بررسی این مسئله بپردازد که رویکرد فعلی قانونگذار در باب تعزیرات منصوص شرعی و تفسیر موسع شورای نگهبان از آن، با کدام یک از مبانی معتبر فقهی در فقه امامیه مطابقت دارد؟ اهمیت این موضوع از آن جهت است که مطابق تلقی فعلیِ قانونگذار به‌تبع ایراد شورای

نگهبان، در قانون مجازات اسلامی این دسته از تعزیرات شـرعی به‌مثابـۀ حـدود انگاشـته شـده‌اند و عمـلاً امکان اعمال بسیاری از نهادهای ارفاقی تعزیر از قبیل عفو، تخفیف، تعویـق و تعلیـق مجـازات دربـارۀ آن منتفی شده است. نوشتار حاضر پس از بررسی مبانی فقهی موضوع مورد بحث و تثبیت نظریۀ مختـار، ایـن رویکرد قانونگذار را نقد و بررسی می‌کند.

نگارنده پس از مطالعه و بررسی پژوهش‌هایی که به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم به تعزیرات منصوص شرعی پرداخته‌اند، درنهایت پژوهشی را نیافته است کـه به‌صـورت جـامع، اقـوال موجـود در ایـن رابطـه را به‌همراه ادلّۀ تفصیلی آن‌ها بررسی کند. پژوهش‌های انجام‌پذیرفته اغلب به‌بررسی صرفاً گزارش‌گرایانه‌ای از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی بسنده کرده‌اند؛ لذا نیاز به پژوهش پیرامون این مسئله به‌گونـه‌ای کـه اولاً به بررسی تعزیرات منصوص شرعی ازنظرِ حد یا تعزیری‌بودن آن‌ها بپردازد؛ ثانیاً جامع اقوال موجود باشـد؛ ثالثاً به بررسی تفصیلی ادله و نقد و بررسی سندی و دلالتی روایات مستند بپردازد؛ رابعاً به جمع‌بندی آرای مختلفِ فقهی نائل آمده و نظریۀ واحدی را ارائه دهد، ضروری به نظر می‌رسید.

۱. مفهوم‌شناسی تعزیر

۱-۱. تعزیر در لغت و اصطلاح

تعزیر در لغت در معانی زیادی به کار رفته است؛ ازجمله تعظیم، توقیر، تأدیـب (جـوهری، ۷٤٤/۲)، ملامت و سرزنش و ضرب دون‌الحد (مرتضی زبیدی، ۲۱۲/۷). راغب ذیل واژۀ تعزیر می‌نویسـد: «تعزیـر به‌معنای نصرت و یاری همراه با احترام است؛ مانند «تُعزِّرُوهُ (فتح: ۹) و عَزَّرتُمُوهم...» (مائده: ۱۲). تعزیر نیز زدنی کمتر از حد است که این معنا به همان معنای اول باز می‌گردد؛ زیرا تنبیـه و ضـرب کمتـر از حـد، تأدیب است و تأدیب نوعی نصرت و یاری به شـمار می‌آیـد. معنـای اول، یـاری‌کردن به‌وسـیلۀ ازبین‌بـردن اسباب زیانِ فرد است و معنای دوم، یاری‌کردن فرد ازطریـق منـع او از اسـباب زیـانش می‌باشـد» (راغـب اصفهانی، ۳۳۳).

برخی پژوهشگران دو کاربرد واژۀ تعزیر در متون شرعی و فقهی را، مطلق مجازات‌ها جز قصاص و دیه و مجازات‌های غیرمقدره دانسته‌اند (حسینی، ۱۳٦). به نظر می‌رسد وجه مشـترک میـان تعـاریف گونـاگون تعزیر در متون فقه امامیه، اشاره به غیرمقدربودن آن باشد (جاویدی و حمیدی، ۹۲تا۹۳). بـر اسـاس نظـر مشهور در فقه امامیه، هرکس معصیتی مرتکب شود که حدی برای آن معصیت تعیـین نشـده باشـد، تعزیـر می‌شود،پ؛ مثل کسی که مالی به‌اندازۀ نصاب را از محلی بدون حفاظ یا مالی کمتـر از حـد نصـاب را از مکانی با حفاظ سرقت کند (نک: طوسی، المبسوط، ٦۹/۸). تعزیر نباید به‌اندازۀ حدود تعیین‌شدۀ شـرعی

باشد و تعیین مقدار و تشخیص آن به‌عهدهٔ شخص امام [و یا نائب او] است (علامه حلی، مختلف الشیعة، ۵٤۸/۳). بر این اساس، نظر منسوب به فقهای شیعه، یعنی تعریف تعزیر به عقوبتی که شارع اندازهٔ معینی برای آن تعیین نکرده است (جمعی از نویسندگان، ۷۵)، به‌عنوان مبنای نگارش این مقاله در نظر گرفته شده است.

۱-۲. تعزیرات منصوص شرعی

در عبارات فقها، عنوانی به نام تعزیرات منصوص شرعی وجود ندارد، اما مطابق برداشت لغوی، امکان ارادهٔ دو معنای متفاوت از آن وجود دارد:

أ) مواردی که به‌موجب روایات برای عملی معین، تعزیر مقرر شده است، هرچند نوع و مقدار آن تعیین نشده باشد.

ب) مواردی که به‌موجب روایات، برای عمل معین تعزیری، نوع و مقدارِ کیفر مشخص شده باشد.

این اصطلاح اولین‌بار در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ به کار رفت، اما تعریفی از آن ارائه نشد. بررسی نظرات شورای نگهبان در خصوص موادی که تعزیرات منصوص شرعی از آن‌ها مستثنا شده‌اند، حاکی از آن است که شورای نگهبان معنای نخست را مدنظر داشته است (نک: ساریخانی و توکل‌پور، ۱۰٤تا۱۰۵). برخی معتقدند که چون این قید بر اساس ایراد شورای نگهبان به قانون مجازات اسلامی اضافه شده است، در تفسیر آن بایستی ملاک را نظر شورای نگهبان قرار داد (همو، ۱۰۳تا۱۰۲)، اما باتوجه‌به اینکه قوانین در کشور ایران مبتنی‌بر شرع مقدس هستند، هنگام تفسیر آن بایستی به منابع معتبر اسلامی رجوع کرد و با رجوع به این منابع، بطلان چنین معنایی روشن است؛ زیرا چنان‌که به‌زودی خواهیم گفت آنچه در متون فقهی محل نزاع فقها است منحصراً وجه تقدیر برخی مصادیق تعزیر، به‌رغم قاعدهٔ بیدالحاکم‌بودنِ آن است وگرنه در شمول احکام ارفاقی تعزیر نسبت به سایر مصادیق غیرمقدر ولو آنکه به تعزیری‌بودن آن‌ها در روایات تصریح شده باشد، هیچ‌گونه تردیدی بین فقها وجود ندارد. بر اساس موازین حقوقی نیز علاوه بر آنکه معنای دوم با مبانی تفسیری به‌منظور کشف ارادهٔ مقنن سازگار است، با قاعدهٔ تفسیر مضیق و تفسیر به‌نفع متهم قوانین کیفری نیز انطباق دارد (ساریخانی و اکرمی، ۱۵۵)؛ لذا محتوای این مقاله، در کنار پرداختن به مسئلهٔ اصلی خود یعنی حد یا تعزیربودن تعزیرات منصوص شرعی، عملاً به‌نوعی نقدِ دیدگاه شورای نگهبان در خصوص مفهوم تعزیرات منصوص شرعی نیز محسوب می‌شود. قضات نیز هنگام صدرو رأی، الزامی به صدور رأی بر اساس مشروح مذاکرات شورای نگهبان ندارند و بر اساس اصول حقوقی، مشروح مذاکرات تنها می‌تواند در تفسیر قوانین کمک کند و الزامی در نوعِ برداشت ایجاد نمی‌کند. بر این اساس به عقیدهٔ نگارنده، تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می‌شود که در

روایات برای عملی معیّن، نوع و مقدار کیفر مشخص شده باشد و همین معنا، ملاک بررسی موضوع مقالـه در فقه امامیه است. در نظریهٔ مشورتی ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضائیه[1] نیز همین معنا پذیرفته شده است.

۲. تقریر محل نزاع

۲-۱. ضابطهٔ محقق حلی در باب حد و تعزیر

در میان قدما، فقیهی را نمی‌توان یافت که متعرض بحث تعزیرات منصوص شـرعی شـده باشـد، بلکـه آنان پس از معرفی تعزیر به‌عنوان مجازاتی غیرمقدر و منوط به رأی حاکم و امام، صرفاً در لابـه‌لایِ عبـارات خویش موارد مزبور را ذکر می‌کردند. این امر حاکی از آن است که از دیدگاه فقهای متقدم، وجود این موارد خلاف اصل، خدشه‌ای بر اصل و ضابطهٔ کلیِ پذیرفته‌شده در باب تعزیر وارد نمی‌کند.

تمامی این اختلاف دیدگاه‌ها، در میان فقهای متأخر و از آنجا سرچشمه می‌گیـرد کـه محقـق حلـی در مقام بیان ضابطهٔ حد و تعزیر می‌نویسد: «کلُّ ما له عقوبةٌ مقـدَّره یسـمّی حـدّاً و مـا لـیس کـذلک یسـمّی تعزیراً» (شرائع الإسلام، ٤/١٣٦). آن‌گاه این گفتار محقق، محل نقد و اشکال فقهای پس از او قرار گرفتـه و به این ترتیب، این مسئلهٔ اقوال مختلفی را به خود دیده است.

۲-۲. اشکال شهید ثانی بر تعریف محقق

شهید ثانی در شرح کلام محقق اشکالی را مطرح می‌سازد. او اگرچه در مقدربودن حد نسبت به جمیع افراد خود با محقق همراه است، اما این ضابطهٔ کلی پذیرفته‌شدهٔ او را در باب تعزیـر نمی‌پـذیرد و لـذا قیـد غلبه را بر آن می‌افزاید و تعزیر را این‌گونه تعریف می‌کند: «عقوبةٌ أو إهانةٌ لا تقدیرَ لها بأصل الشرع غالبـاً». سپس چنین می‌فرماید: هرچند اصل در تعزیر، غیرمقدربودن است و اغلب افراد آن نیز چنین است، لـیکن در روایات برخی از مصادیق آن به‌صورت مقدر وارد شده‌اند که عبارت‌اند از: ۱. تعزیر کسی که در روز مـاه رمضان با همسر خود نزدیکی کند که ۲۵ تازیانه برای او تعیین شده اسـت؛ ۲. کسـی کـه کنیـزی را بـدون اجازهٔ زن مسلمانش به ازدواج خود درآورد که ۱۲/۵ تازیانه برای او معین شده اسـت؛ ۳. دو مـرد برهنـه در لحاف واحد خوابیده باشند که بنا بر قولی تعزیر آن‌ها ۳۰تـا۹۹ تازیانـه اسـت؛ ٤. کسـی‌که بـاکره‌ای را بـا انگشت ازاله بکارت نماید که بر اساس نظر شیخ طوسی بین ۳۰تا۷۹ تازیانه و بر اساس نظر شیخ مفید بین ۳۰تا۸۰ تازیانه بر او جاری می‌شود؛ ۵. مرد و زنی که به‌صورت عریان در زیر لحاف واحد خوابیده باشـند که شیخ مفید می‌فرماید از ۱۰تا۹۹ تازیانه بر او زده می‌شود، درحالی‌که شیخ طوسی دراین‌بـاره بـدون ذکـر تعداد ضربات تنها به‌طور اطلاق تعزیر را ذکر کرده و در کتاب خلاف گفته اسـت: اصـحاب مـا دراین‌بـاره

[1] نظریهٔ شمارهٔ ۱٤۰٦/۹۲/۷ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۲.

«حد» (یعنی ۱۰۰تازیانه) روایت کرده‌اند (شهید ثانی، ۳۲۷/۱٤تا۳۲٦).

این درحالی است که فقها تعزیر را به‌استناد روایات، مجازاتی غیرمقدر و منوط به رأی حاکم شرع دانسته‌اند. بنابراین تقیید تعزیرات شرعی در این موارد به قید تعیین، نمودار نوعی تناقض است. نوشتار حاضر می‌کوشد تناقض موجود در عنوان مزبور را به‌نحوی رفع یا توجیه کند.

۳. بررسی اقوال و احتمالات

در مواجهه با تعزیرات منصوص شرعی، احتمالات سه‌گانه‌ای مطرح است که در میان فقها، هرکدام طرفدارانی دارد:

۳-۱. دیدگاه نخست: حدی‌بودن

اکثر طرفداران این دیدگاه، در میان موارد مقدرِ مذکور در عبارت شهید ثانی، تنها دو مورد نخست را داخل در عنوان حد مصطلح دانسته‌اند. ازآنجاکه در مابقی موارد، تعیین میزان مجازات میان طرفین مقدر منوط به رأی حاکم شرع است و تقدیر معتبر در حدود شرعی در آن‌ها نیست، لذا این‌گونه موارد را نیز در حکم سایر موارد تعزیر انگاشته‌اند که به رأی حاکم مراجعه می‌شود (روحانی، ۳۷۳/۲۵؛ گلپایگانی، ۲۱/۱؛ منتظری، ٤). البته در مقابل این گروه، برخی تمامی موارد مذکور را در شمار حدود به حساب آورده و دلالت روایات بر مدعای شهید را کوتاه و ناتمام دانسته‌اند (نک: فاضل موحدی لنکرانی، ۱۱).

مهم‌ترین ادلهٔ طرفداران حدی‌بودنِ تعزیرات منصوص شرعی عبارت است از:

۱- انطباق تعریف حد، حداقل بر بخشی از موارد مقدر (مشکینی، ۲۰۳/۱)؛ توضیح اینکه اگر فرق میان حد و تعزیر، چیزی جز تقدیر و عدم تقدیر نباشد، پس چگونه عقوبتی که میزان معینی دارد، داخل در عنوان حد نباشد؟ (تبریزی، ۸تا۹).

۲- ممکن است اطلاق لفظ تعزیر در روایات در مقابل حد نباشد (نک: تبریزی، ۹؛ روحانی، ۳۷۳/۲۵؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۸)، بلکه به‌لحاظ معنی لغوی آن باشد (مشکینی، ۲۰۳). به‌عبارت‌دیگر، گویی آنچه شهید ثانی را برانگیخته تا موارد مقدرِ مذکور را تعزیر بنامد، اطلاق لفظ تعزیر در نص روایی بر آن‌ها است، لکن بر فرض آنکه چنین اطلاقی را در جمیع موارد مقدر بپذیریم، ممکن است مقصود از تعبیر تعزیر در روایات، تعزیر در مقابل حد نباشد (صاحب‌جواهر، ۲٥٥/٤۱).

۳- تعزیردانستن موارد مقدر منجر به تداخل حد و تعزیر با یکدیگر می‌شود (موسوی اردبیلی، ۲۲/۱)؛ زیرا حدانگاری هر مجازات، منحصراً متوقف بر تعریف حد است و آنچه شهید ثانی متذکر شده، متناسب با جایی است که شناخت حدود از راهی غیر از تعریف آن میسّر باشد (شفتی، ٤۰)، زیرا نص معتبری

وجود ندارد که مجازات‌های حدی را به‌صورت کامل احصا کرده باشد.

٣-٢. دیدگاه دوم: تعزیری و مقدربودن

قائلان این دیدگاه از قبیل شهید ثانی در مقام نقض ضابطۀ ارائه‌شده توسط محقّق، صرفاً به ذکر موارد مذکور بسنده کرده و بر اثبات مدعای خویش، دلیلی را اقامه نکرده‌اند، لیکن برخی از فقها علت التزام ایشان به این مقال را، اطلاق لفظ تعزیر در روایات بر موارد پنج‌گانۀ مذکور احتمال داده‌اند (صاحب‌جواهر، ٤١/٢٥٥). به نظر می‌رسد علت این التزام، امر دیگری باشد؛ زیرا در هیچ‌کدام از روایات چنین استعمالی را نمی‌توان یافت، جز آنکه مراد ایشان از لفظ تعزیر واژۀ ادب باشد که آن نیز تنها بر موضع دوم (ازدواج با کنیز بدون اذن همسر آزاد مسلمان) قابل صدق است.

با تحقیق در مسئله، این احتمال قوّت پیدا می‌کند که شاید علت اصرار امثال شهید ثانی بر تعزیردانستنِ موارد مقدر، این امر باشد که در نظر ایشان دایرۀ حدود در شرع کاملاً مشخص است. عبارت یکی از فقها را به‌عنوان مؤیدی بر گفتار فوق، ذکر می‌کنیم:

مقدس اردبیلی ازجمله طرفداران این دیدگاه در مقام اقامۀ دلیل بر قاعدۀ «بما یراه الامام بودن تعزیر» به‌استناد روایت مضمرۀ سماعه در باب شاهدان دروغگو (حر عاملی، ٢٨/٣٧٦) می‌نویسد: «در این روایت نوعی دلالت بر غیرمقدربودن تعزیر وجود دارد، اما این دلالت کلیت ندارد؛ زیرا سابقاً به مواردی ازقبیل: نزدیکی در حال حیض، نزدیکی در روز ماه مبارک رمضان و... برخوردیم که دارای مجازات مقدر بودند. بنابراین مواضع یادشده از قاعدۀ مزبور مستثنا هستند مگر اینکه گفته شود اینها حدند، لیکن برخلاف مشهور است» (مقدس اردبیلی، ١٣/١٧٦). چنانچه مشهود است وی اگر چه احتمال حدی‌بودن را مطرح می‌سازد، ولی نهایتاً تلقّی مشهور از انحصار حدود در مواردی خاص را دلیل بر غیرحدی‌بودن می‌داند.

پس از تبیین دیدگاه مزبور اکنون این پرسش مهم مطرح می‌شود که ثمرات مترتب بر این رویکرد فقهی چیست؟ این ثمرات از دیدگاه قائلان آن مغفول مانده است و تنها معدودی از فقهای معاصر در مقام بیان نتایج دیدگاه دوم، متذکر این مسئله شده‌اند و فی‌الجمله ثمرات مترتب بر آن را بیان داشته‌اند. فقیه معاصر نجم‌الدین طبسی دراین‌باره می‌نویسد: «چنانچه نامقدربودن تعزیرات را حمل بر غالب نماییم و بر این اساس موارد مقدر منصوص را نیز تعزیر بدانیم، پس اسقاط و عفو مجازات در این موارد، مانند سایر تعزیرات برای فقیه جائز است» (٩٠). آیت‌الله گلپایگانی معتقد است ثمرۀ این نزاع در جواز امامت و اقتدای به شخصی است که این تعزیر بر او اجرا شده است، برخلاف زمانی که از قبیل حد شرعی باشد (١/٢١تا٢٢). به‌عقیدۀ مرحوم منتظری «ثمرۀ نزاع، نسبت به احکام [اختصاصیِ] مترتب بر حدود؛ از قبیل برداشته‌شدن حد در هنگام شبهه، عدم سوگند و کفالت در حد، جواز عفو امام از حدی که با اقرار ثابت

شده باشد نه با بینه و مانند آن، ظاهر می‌شود؛ چه اینکه احکام مذکور بر تعزیرات مترتب نمی‌گردد» (٤).

درمجموع به‌زعم نگارنده در مراد قائلان این دیدگاه در خصوص نتیجهٔ آن، دو احتمال داده می‌شود که بر هر دو اشکال وارد است:

احتمال نخست: موارد مقدر، تعزیرند اما به‌اقتضای تقدیرشان احکام حدود بر آن‌ها مترتب می‌شود. این احتمال مستلزم تناقض است و دلیل معتبری نیز بر آن قائم نیست، بلکه مقتضای اصول و عمومات باب تعزیر، بیدالحاکم‌بودن مطلق تعزیرات است و اما شمول ادلهٔ احکام اختصاصی حد نسبت به تعزیرات منصوص ثابت نیست و قول و فتوای صریحی نیز دربارهٔ آن وجود ندارد.

احتمال دوم: موارد مقدر تعزیرند، لیکن به‌اقتضای تقدیرشان در برخی از احکام با آن‌ها معاملهٔ حدود می‌شود؛ به این معنا که مثلاً در تعزیرات منصوص، حاکم شرع حق کم یا زیادکردن مجازات مقدر را ندارد (چنانکه در حدود نیز این‌گونه است)، بلکه باید مرتکب را به میزان ذکرشده در روایت تعزیر کند، ولی می‌تواند او را به‌سبب توبه یا دیگر عوامل ارفاقی تعزیر، عفو کند که این نیز مدعای بلادلیل و ترجیح بلامرجح است؛ زیرا لازمهٔ این سخن آن است که برخی از احکام تعزیر بر آن‌ها مترتب می‌شود و برخی دیگر بار نمی‌شود.

۳-۳. دیدگاه سوم: تعزیری و غیرمقدربودن

بر اساس این دیدگاه که آیت‌اللّه مکارم[1] و برخی از مراجع تقلید معاصر پیرو استفتائات به‌عمل‌آمده[2] بدان معتقدند، موارد پنج‌گانهٔ مذکور و نیز دیگر موارد مشابه آن همانند سایر تعزیراتِ شرعی، غیرمقدر و معلق بر رأی حاکم شرع‌اند. مطابق این دیدگاه، نفس مجازات معین‌شده در روایات، موضوعیت ندارد و می‌توان از آن به دیگر افراد و مصادیق مجازات‌های تعزیری، تعدی کرد.

---

۱ عبارت ایشان چنین است: «تعزیر اشکال و انواع مختلفی دارد و هدف از آن بازداشتن از گناه است؛ همان گونه که در معنای لغوی تعزیر آمده است: «التعزیر هو المنع» و در مواردی که مقدار معیّنی برای تعزیر ذکر شده، از قبیل بیان مصداق است» (مکارم شیرازی، *تعزیر و گسترهٔ آن*، ١٦٤تا١٦٣).

۲ متن پرسش و پاسخ این استفتائات به شرح زیر است:

در موارادی که به موجب روایات برای عمل معین، نوع و مقدار کیفر معین شده است؛ مانند وطی زن حائضه یا صائمه و درعین‌حال فقها آن را تعزیر دانسته‌اند، آیا حاکم شرع می‌تواند به میزان کمتر یا بیشتر از آنچه در روایات آمده مرتکب را تعزیر کند یا وی را به‌خاطر توبه و احراز ندامت و اصلاحش (پس از اقامهٔ بینه علیه او) مورد عفو قرار دهد؟

۱. آیت‌الله شبیری زنجانی: در فقه، مواردی به‌عنوان تعزیر مطرح شده است که شارع، میزان آن را معین نموده است؛ در اینکه آیا همهٔ آن موارد، تعزیرند یا برخی حد و برخی دیگر تعزیرند و اینکه آیا اساساً تعزیرِ مقدر می‌تواند وجود داشته باشد یا خیر؟ اختلافاتی وجود دارد. مواردی که تعزیر است با صلاحدید حاکم قابل کاهش یا افزایش است (شمارهٔ استفتا: zanjani.ir-٦٣٦٥٢).

۲. آیت‌الله گرامی: شهرت فتوایی و فهم مشهور فقها بر آن است که تعزیر می‌باشد و تعزیر قابل تغییر است، اگر قابل‌تغییر نباشد حد است نه تعزیر، قاعدتاً هم باید تعزیر باشد و بعید است حکم زنا با این موارد یکسان باشد و هر دو حد باشند (ayat- gerami.ir).

نظر مخالف: آیت‌الله صافی؛ به‌طورکلی تعیین اصل تعزیر و مقدار آن به‌عهده و تشخیص حاکم جامع شرائط فتوی است و در مواردی که برای تعزیر، حد خاصی معین شده احوط اکتفا به‌همان مقدار است و الله العالم (شمارهٔ دفتری: saafi.com-۹۸/۰۲/۱۷۷).

ادلۀ مستند این دیدگاه عبارت است از: ۱. کلمات اهـل لغـت؛ ۲. تنقـیح منـاط و الغـای خصوصـیت قطعی؛ ۳. حمل روایات بر یکی از مصادیق تعزیر؛ ٤. حمل روایات بر حکم حکومتی مرتبط با یـک برهـۀ زمانی خاص؛ ٥. اصل عدم تقدیر در تعزیرات شرعی.

تفصیل این ادله به‌عنوان نظریۀ مختار در ضمن مباحث آتی بیان خواهد شد.

۴. بررسی روایات

تعزیرات مقدر منحصر در پنج مورد مذکور در عبارت شهید ثانی نیستند، بلکه موارد مقدر دیگری نیـز علاوه بر این موارد وجود دارد؛ مثل هم‌بسترشدن با زن حائض و تجاوز جنسی به حیوانات کـه در روایـات، ۲۵تازیانه برای آن‌ها معین شده است (موسوی اردبیلـی، ۲۲/۱)، امـا ازآنجاکـه اولاً بـا روشن‌شـدن حکـمِ مواضع پنج‌گانۀ مذکور، امکان الغای خصوصیت مورد و تعدی حکم به سایر موارد مقدر نیـز وجـود دارد؛ ثانیاً به‌علت گنجایش محدود این مقال، بررسی تمامی موارد مقدر موجود امکان‌پـذیر نیسـت، لـذا بـه‌طور خاص به بررسی روایات موارد پنج‌گانۀ مذکور در عبارت شهید ثانی می‌پردازیم.

نخست: تعزیر کسی که در روز ماه مبارک رمضان با همسر خود نزدیکی کند.

«مفضل‌بن‌عمر از امام صادق(ع) دربارۀ مردی روایت می‌کند که در حال روزه بـا همسـر روزه‌دار خـود نزدیکی کرده بود، امام(ع) فرمود: اگر همسرش را مجبور به این کار کرده، دو کفاره بر ذمه دارد و اگـر آن زن از او پیروی کرده باشد، هریک از آن دو، کفاره‌ای بر ذمه دارند. در صورت نخسـت، مـرد بـه پنجـاه ضـربه تازیانه برابر با نصف حد محکوم است و در صورت دوم، هریـک از آن دو بـه بیسـت‌وپنج ضـربه محکـوم می‌شود» (کلینی، ۲٤۲/۷).

مفضل‌بن‌عمر به‌شدت ضعیف است (محقق حلی، المعتبـر، ٦۸۱/۲) و بـه گفتـۀ شـیخ صـدوق، ایـن روایت را تنها مفضل‌بن‌عمر ذکر کرده است (ابن‌بابویه، ۱۱۷/۲). بـا وجـودِ ضـعف سـند، مشـهور مطـابق مضمون آن عمل کرده‌اند. بر اساس برخی نظرات، شهرت عملیّه می‌تواند موجـب جبـران ضـعف سـند آن شود (نک: طباطبایی، ۳۱٦/۱؛ علامه حلی، منتهی المطلب، ۱۷٥/۹؛ صاحب‌جواهر، ۳۰۸/۱٦). البتـه بـر فرض تحقق ادعای اجماع بر مضمون روایت، اجماع محتمل‌المدرک و بدون اعتبار است. از سـوی دیگـر، حتی اگر سندیت روایت را به‌سبب شهرت عملی بپذیریم، اما دلالت آن بر تعیین، به‌قرینۀ صدر حدیث کـه حاکی از موضوعی خارجی است و نیز ادلۀ خارجی دیگری که به زودی ذکر می‌شود، ناتمام است.

دوم: کسی که کنیزی را بدون اجازۀ زن مسلمانش به ازدواج خود درآورد.

«علی‌بن‌ابراهیم از صالح‌بن‌سعید از بعضی اصحاب از منصوربن‌حازم نقل می‌کند که از امام صادق(ع) دربارۀ مردی که بدون اذن همسر آزاد مسلمانش، کنیزی را به ازدواج خود در آورده بود، پرسیدم. امام فرمود: آن دو را از یکدیگر جدا می‌کنند. گفتم: آیا مرد تأدیب می‌شود؟ فرمود: آری، ۱۲٫۵ ضربه شلاق برابر با یک‌هشتم حد زانی. راوی می‌گوید عرض کردم: اگر زن مسلمان پس از آن راضی شود؟ فرمود: نه آن مرد را می‌زنند و نه میان او و کنیز جدایی می‌افکنند، بلکه بر همان نکاح اول باقی می‌مانند» (طوسی، تهذیب، ۱۰/۱٤٤تا۱٤٥).

این حدیث علاوه بر مرسله‌بودن، به‌سبب صالح‌بن‌سعید مجهول است (موسوی اردبیلی، ۷۰۸/۱). حدیث دیگری نیز در تهذیب به همین مضمون از حذیفةبن‌منصور نقل شده است (طوسی، ۳٤٥/۷) که آن نیز علاوه بر اینکه بعضی از رواتش مجهول هستند، به‌واسطه «ابراهیم‌بن‌اسحاق نهاوندی» ضعیف می‌باشد (موسوی اردبیلی، ۷۰۹/۱).

کلینی این خبر را با همین سند روایت کرده است، با این تفاوت که به جای عبارت «تَزَوَّجَ أَمَةً» عبارت «تَزَوَّجَ ذِمّيةً» را ذکر کرده و نیز عبارت «و هو صاغر» را بر آن افزوده است (۲٤۱/۷). روایت دیگری را صدوق با سند معتبر از ابن‌هشام نقل می‌کند که با اندکی اختلاف با نقل کافی در آن نیز لفظ ذمّیه به جای امه به کار رفته است (ابن‌بابویه، ٤۲٦/۳). به نظر می‌رسد مراد از ذمّیه در نقل کافی، امة است؛ زیرا در آن زمان کنیزان عمدتاً ذمی (مجوسی، نصرانی یا یهودی) بوده‌اند. بنابراین شاید به این دلیل به جای امة کلمۀ ذمّیه و بالعکس به کار می‌رفته است (نک: منتظری، ۱٤۰). بنا بر فرض اخذ تهذیب از کافی، نقل معنا صورت پذیرفته است. از سوی دیگر، عمل مزبور حرام است، منتهی نه به اعتبار خود عقد، بلکه به ملاحظۀ مفسده‌ای که بر آن مترتب می‌شود؛ یعنی آزار و اذیتی که از این ناحیه متوجه زن آزاد مسلمان می‌شود (نک: طباطبایی، ۵۳۲/۱۵).

تقدیر کیفر به یک‌هشتم حد زانی نسبت به سایر موضوعات مشابه به دلایلی کلیت ندارد؛ اولاً اجماع و شهرت معتبری بر تعیّن تقدیر مزبور وجود ندارد و بر فرض وجود، از نوع اجماع مدرکی است که بدون اعتبار است؛ ثانیاً حکم تعزیر در روایت به‌دلیل ازدواج با کنیز بدون اذن همسر نیست، بلکه مسبِّب حقیقی آن، آزار و اذیتی است که به‌سبب این عمل به زن آزاد رسیده است. بدیهی است آزار و اذیتِ غیر، موضوعی کلی است که در ضمن مصادیق متعدد تحقق می‌یابد؛ ثالثاً به قرینۀ لفظ ادب در روایت و پرسش راوی از واقعه‌ای خارجی دانسته می‌شود که عقوبت مذکور صرفاً مربوط به همان رویداد خارجی و به‌منظور تأدیب آن فرد خاطی بوده است. بنابراین تخلّف از آن برحسبِ قضایای مختلف بلامانع است.

سوم و چهارم: اجتماع دو فرد عریان (دو مرد یا یک مرد و یک زن) در لحاف واحد.

شیخ حر عاملی تمامی روایات مربوط به اجتماع دو فرد عریان (با قطع‌نظر از جنسیت آنان) در لحاف یا لباس واحد را در بابی تحت‌عنوان «بَابُ ثُبُوتِ التَّعْزِيرِ بِحَسَبِ مَا يَرَاهُ الْإِمَامُ عَلَى الرَّجُلَيْنِ وَ الْمَرْأَتَيْنِ وَ الرَّجُلِ وَ الْمَرْأَةِ إِذَا وُجِدَا فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ أَوْ ثَوْبٍ وَاحِدٍ مُجَرَّدَيْنِ الخ» مطرح می‌سازد (٨٤/٢٨). موضوع حکم در همهٔ روایات، اجتماع دو فرد عریان به‌صورت مطلق و با قطع‌نظر از جنسیت آنان است؛ اعم از اینکه آن دو نفر دو مرد باشند یا دو زن یا یک مرد و یک زن (نک: ابن‌بابویه، ٢٤/٤؛ طباطبایی، ١٦/١٦تا١٧؛ فاضل موحدی لنکرانی، ٧٩؛ مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ١٢٦). شهید ثانی در عبارت خود متعرض دو مورد شده است: اجتماع دو مرد برهنه و اجتماع یک مرد و یک زن برهنه در لحاف واحد، گرچه پاره‌ای از روایات نیز راجع به اجتماع دو زن برهنه در لحاف واحد است. مجازات مذکور در این روایات بر چهار دسته‌اند:

دستهٔ اول: حد کامل

ابی‌عبیده از امام باقر(ع) روایت می‌کند که فرمود: «علی(ع) وقتی دو مرد را به‌صورت عریان در لحاف واحد می‌یافت، بر هرکدام صد تازیانه برابر حد زانی می‌زد و زمانی که دو زن عریان در لحاف واحد دیده می‌شدند، بر هرکدام یکصد تازیانه می‌زد» (حر عاملی، ٨٩/٢٨).

در روایت دیگری سلمه از امام صادق(ع) روایت می‌کند که فرمود: علی(ع) وقتی زن و مردی را در لحاف واحدی می‌یافت، بر هرکدام ١٠٠ تازیانه می‌زد (همو، ٨٩/٢٨).

دستهٔ دوم: ٩٩ تازیانه

ابن‌سنان گوید: «امام صادق(ع) دربارهٔ دو مردی که در لحاف واحد دیده شوند فرمود: به هرکدام ٩٩ تازیانه می‌زنند» (همو، ٨٩/٢٨).

در روایت دیگری ابان‌بن‌عثمان از امام صادق(ع) روایت می‌کند که فرمود: «امیرمؤمنان(ع) مردی را با زن نامحرمی در زیر یک لحاف یافت و به هرکدام نود و نه تازیانه زد» (همو، ٨٩/٢٨).

دستهٔ سوم: زدن کمتر از حد

معاویةبن‌عمار گوید: به امام صادق(ع) عرض کردم: «دو زن در لباس واحد می‌خوابند. فرمود: زده می‌شوند. گفتم: حد؟ فرمود: نه. گفتم: دو مرد در یک لباس می‌خوابند. فرمود: زده می‌شوند. گفتم: حد؟ فرمود: نه» (همو، ٨٩/٢٨).

دستهٔ چهارم: ٣٠ تازیانه

سلیمان‌بن‌هلال گوید: یکی از هم‌کیشان ما از امام صادق(ع) پرسید: فدایت شوم آیا می‌تواند مردی با

مرد دیگر در زیر یک لحاف بخوابد؟ فرمود: خویشاوند یکدیگرند؟ گفت: نه. فرمود: آیا ناچارند؟ گفت: نه. فرمود: هریک را ۳۰ تازیانه می‌زنند. گفت: با یک‌دیگر جمع شده‌اند. فرمود: اگر دخول واقع نشده هرکدام صد تازیانه می‌خورند و چنانچه دخول شده، وی را حال ایستاده یک ضربت شمشیر می‌زنند به هر کجا که بینجامد انجامیده. گفت: پرسیدم: آیا این به‌معنی قتل است؟ فرمود: آری. گفتم: اگر زنی با زنی در یک بستر زیر یک لحاف بخوابند؟ فرمود: خویشاوندند؟ گفتم: نه. فرمود: ناچار بوده‌اند؟ گفتم: نه. فرمود: هریک ۳۰ تازیانه می‌خورند. گفتم: اگر با هم مساحقه کرده باشند؟ راوی گوید: این سؤال بر او سخت آمد و سه بار فرمود: افّ افّ، افّ، سپس فرمود: بر هرکدام حد جاری می‌شود (همو، ۹۰/۲۸).

فقها در مقام جمع این چهار دسته روایات، طرق مختلفی را برگزیده‌اند، اما در اینجا به‌منظور رعایت اختصار صرفاً نظریهٔ مختار را ذکر می‌کنیم:

روایات دستهٔ اول از سه جهت مرجوح و مطروح‌اند:

۱. به‌قرینهٔ صحیحهٔ عبدالرحمن‌بن‌حجاج این طایفه از روایات حمل بر تقیّه می‌شوند. روایت چنین است: «نزد امام صادق(ع) بودم، عَبّاد بصری به همراه عده‌ای از یارانش وارد شدند. به امام عرض کرد: مرا از حکم دو مردی که در لحاف واحد دیده شوند باخبر کن. امام فرمود: علی(ع) وقتی دو مرد را در یک لحاف می‌گرفتند، بر آنان حد جاری می‌کرد. عباد گفت: شما به من گفته بودید یک ضربه کمتر از حد. سپس امام دوباره آن حدیث را گفت و چند مرتبه تکرار کرد تا آنکه فرمود: «یک ضربه کمتر از حد» (حرعاملی، ۸٤/۲۸). گویی امام در ابتدا به‌سبب وجود همراهان عبّاد که فردی عامی بوده است از بیان حکم واقعی امتناع داشته، اما پس از اصرار عبّاد ناچار به بیان حکم واقعی شده است (خویی، ۲۹٤/٤۱).

۲. روایات این گروه مورد اعراض تمام فقها به‌استثنای صدوق قرار گرفته است (منتظری، ۱٦۲).

۳. ثبوت حد تام، مطلقاً مشروط به تحقق زنای حقیقی مانند میل در سرمه‌دان است (مقدس اردبیلی، ۱۲۳/۱۳). به‌تعبیر دیگر، در این موارد زنا ثابت نیست، پس مقتضای آن نیز ثابت نخواهد بود (علامه حلی، مختلف‌الشیعة، ۱۸۰/۹).

اخبار روایات دستهٔ دوم ظهور در تعیّنِ ۹۹ تازیانه دارند، اما ازآنجاکه هیچ‌کدام از فقها برطبق این حکم فتوا نداده‌اند، لذا این اخبار بر بیان حداکثر تعزیر حمل می‌شوند (نک: منتظری، ۱٦۳).

روایات دستهٔ سوم نیز بر زدن کمتر از حد دلالت دارد و بنابراین به روایات دستهٔ دوم باز می‌گردد (همو، ۱٦۲).

در خصوص روایات دستهٔ چهارم، تنها روایت سلیمان‌بن‌هلال در این دسته می‌گنجد که سند آن به‌سبب وجود چند فرد مجهول‌الحال ازجمله خود سلیمان ضعیف است (موسوی اردبیلی، ۸۲/۲) و

هرچند عمل مشهور موجب جبران ضعف سندی روایت شود اما حمل آن بر اقل مقدار تعزیر آن‌گونه که مشهور به آن ملتزم شده‌اند، بدون دلیل است. اساساً این اختلاف در رأی معصوم، خود دلیل بر مصداقی‌بودن حکم مزبور است. بنابراین به نظر می‌رسد کیفر معین‌شده در روایت صرفاً از باب بیان یکی از مصادیق تعزیر باشد، نه اینکه امام درصدد بیان اقل میزان تعزیر بوده باشد.

روایت حفص‌بن‌بختری از امام صادق(ع) نیز بر اطلاقِ تعزیر دلالت دارد (منتظری، ١٦٣). روایت چنین است: «مردی را که در بستر مرد دیگر پیدا شد، نزد امیرالمؤمنین آوردند. امیرالمؤمنین دستور داد وی را در مستراح آلوده سازند» (حر عاملی، ١٦٣/٢٨). بنابراین تعزیر در مسئلهٔ محل بحث، کمتر از حد شرعی و به رأی حاکم شرع است.

پنجم: کسی که باکره‌ای را با انگشت ازالهٔ بکارت کند.

در این خصوص دو دسته روایت وجود دارد:

دستهٔ اول: ثبوت حد به‌طور مطلق

عبداللّه‌بن سنان گوید: امام صادق(ع) دربارهٔ زنی که بکارت دختری را با انگشت خود برداشته بود، فرمود: مهر او را باید بپردازد و بر او حد جاری می‌شود (همو، ١٤٤/٢٨).

دستهٔ دوم: ٨٠ تازیانه

عبداللّه‌بن‌سنان گوید: امام صادق(ع) دربارهٔ زنی که بکارت دختری را با انگشت خود برداشته بود، فرمود: مهر او را باید بپردازد و هشتاد تازیانه بر او زده می‌شود (همو، ١٤٤/٢٨).

جمع میان روایات: با صرف‌نظر از اقوال و فتاوا و به‌حسب ظاهر، مقتضای جمع روایات حکم به تعیّن ٨٠ تازیانه از باب حمل مطلق بر مقید است (نک: مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ٤٨١؛ منتظری، ١٣٩؛ فاضل موحدی لنکرانی، ٢٧٥). در میان فقها کسی قائل به حکم مذکور نشده است (به نقل از: تبریزی، ١٧٢؛ طباطبایی، ٣٥١/٣تا٣٥٢؛ منتظری، ١٣٩؛ صاحب‌جواهر، ٣٧١/٤١)، جز صدوق در المقنع که در آنجا تعبیر به‌عنوان حد می‌کند که ممکن است از باب اطلاق لفظ حد بر تعزیر باشد (مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ٤٨١). اکثر فقها در این مسئله قائل به تعزیر مطلق شده‌اند (به نقل از: فاضل موحدی لنکرانی، ٢٧٥؛ صاحب‌جواهر، ٣٧١/٤١).

بنابراین عمل مزبور محکوم به «تعزیر بما یراه الحاکم» است؛ زیرا اولاً در خصوص عنوان حدِّ مذکور در روایات دستهٔ اول، سه احتمال داده شده که بنا بر هر تقدیر، مجرد ازالهٔ بکارت موجب ثبوت حد شرعی نیست:

١. عنوان حدِّ مذکور در روایت، حقیقت در حد مصطلح نیست؛ چون در میان فقها حکم به عدم

وجوب حد در این جنایت معلوم است و لذا لفظ حدٌّ مذکور در روایت را بر تعزیر حمل کرده‌اند (نک: مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ٤٨١).

۲. ممکن است مراد، حدِّ مساحقه باشد. به‌عبارت‌دیگر، گویا امام عمل مزبور را نوعی از سحق قرار داده است؛ به این معنا که ازالهٔ بکارت در اثر شهوت بوده است (شوشتری، ۵۹/۱۱).

۳. شاید عنوان حد در روایت، اختصاص به‌صورت قذف داشته باشد؛ به‌قرینهٔ اینکه هرگاه فعل مزبور از زنی صادر می‌شود به‌قصد اتهام بر دختر باکره است، چنانکه صحیحهٔ معاویةبن‌وهب ظهور در این احتمال دارد (تبریزی، ۱۷۲).

بنابر احتمال دوم و سوم نیز ازالهٔ بکارت به‌تنهایی حد مستقلی نیست، بلکه به‌ملاحظهٔ قصد فرد خاطی تحت‌عنوان حد دیگری (قذف و مساحقه نه حد ازالهٔ بکارت) قرار می‌گیرد.

ثانیاً روایات دستهٔ دوم ظهور در تعیّنِ هشتاد تازیانه دارند، اما به وجوه متعدد در ظهور آن‌ها خدشه وارد است:

۱. تقدیر یادشده در روایات، از باب بیان یکی از مصادیق تعزیر است. همچنان که نظیر آن در ابواب تعزیرات وجود دارد (نک: مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ٤٨١، صاحب‌جواهر، ۳۷۱/٤١).

۲. روایات این دسته مورد اعراض فقها قرار گرفته است و لذا طرح می‌شوند (مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ٤٨١؛ منتظری، ۱۳۹؛ صاحب‌جواهر، ۳۷۱/٤١).

۳. همهٔ روایات محل بحث به روایت واحدی رجوع می‌کنند که به عبارات مختلف نقل به معنا شده است؛ زیرا نقل حدیث توسط یک راوی در جمیع روایات، احتمال تعددِ اخبار را منتفی می‌سازد (نک: مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ٤٨١تا٤٨٠؛ منتظری؛ ۱۳۸؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۲۷۵). بر این اساس، معلوم نیست آنچه از معصوم(ع) صادر شده است عنوان حد بوده یا ثمانین؛ لذا هیچ‌کدام از دو تعبیر در خصوص موضوع محل بحث حجیت ندارد. لازمهٔ این سخن، طرح روایات هر دو طایفه و رجوع به قاعدهٔ «التعزیر فیما لا حدّ له» است که مقتضای آن، تخییر حاکم شرع است (نک: مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ٤٨٢؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۲۷۵).

جمع‌بندی روایات موارد پنج‌گانه

با بررسی روایات پنج‌گانهٔ مذکور باید گفت: اولاً موارد پنج‌گانهٔ مزبور و نیز دیگر موارد مشابه آن در زمرهٔ تعزیرات قرار دارند و نه حدود؛ ثانیاً قید تقدیر در آن‌ها موضوعیت ندارد و تعیین آن از ناحیهٔ معصوم(ع) صرفاً از باب مصداق و به‌تعبیر فقها «قضیةٌ فی الواقعة» بوده است. بنابراین تخلّف از میزانِ یادشده برحسب قضایای مختلف بلامانع است. سایر ادلهٔ دلالت‌کننده بر این امر، در دو قسمت ارائه

می‌شود.

۵. سایر ادله

۵-۱. ادلهٔ دال بر تعزیری‌بودن موارد پنج‌گانه

۱- حد پنداشتن این موارد موجب خرقِ ضابطهٔ فارق میان حد و تعزیر است. ضـابطهٔ «دون‌الحـدبودن تعزیر» یکی از ضابطه‌های مسلّم در باب تمییز حد از تعزیر است. در منظر معصومان(ع)، حـدود شـرعی به‌مثابه مرزهایی انگاشته شده‌اند که مجازات‌های تعزیری نباید از آن‌ها تجاوز کنند. بـا ایـن اوصـاف، حـد تلقی‌کردن این موارد مستلزم بیهوده‌بودن ضابطهٔ «دون‌الحدبودن تعزیر» خواهد بود که صدور آن از شخص حکیم قبیح است؛ به‌دلیل اینکه اولاً بر اساس این رویکرد حتی مجازات به ۱۲/۵ و ۲۵ تازیانـه را نیـز بایـد حد پنداشت و باتوجه‌به ضابطهٔ «دون‌الحدبودن تعزیر»، مقدار تازیانه در تعزیرات حتی از ۱۲/۵ تازیانه نیـز نباید تجاوز کند، درحالی‌که حتی قائلان به این قول نیز چنین حکمی را نپذیرفته‌اند؛ ثانیاً در سه مورد اخیـر از موارد پنج‌گانهٔ مذکور، به عقیدهٔ مشهور فقها میزان مجـازات میـان حـداقل و حـداکثر در نوسـان اسـت، درحالی‌که لازمهٔ معیاربودن یک شیء، ثابت و نامتغیربودن آن است.

بر فرض حدبودن موارد مزبور، این سؤال مطرح است که چگونه باید کمتر از حدبودن را در ایـن مـوارد محاسبه کرد!؟ جز آنکه گفته شود میزان در این موارد، حداقلِ آن‌هـا اسـت کـه ایـن نیـز اشـکال دارد؛ زیـرا به‌مقتضای قاعدهٔ التعزیر دون الحدّ، «حدود شرعی از تعزیـرات شـدیدتر اسـت، به‌سـبب اینکـه جرم‌هـای موجب حد سنگین‌تر از جرم‌های مستوجب تعزیر است و لذا تعزیر باید خفیـف‌تر از حـد شـرعی باشـد» (مکارم شـیرازی، تعزیـر و گسترهٔ آن، ۱۰۸). ایـن در حـالی اسـت کـه لازمـهٔ حدپنداشـتن مـوارد مقـدر، خفیف‌تربودن آن‌ها نسبت به تعزیرات است.

۲- فقدان تقدیرِ معتبری که در حدود شرعی شرط است در سه مورد اخیر: ازآنجاکه در سه مورد اخیـر بر مبنای قول مشهور تعیین میزان مجازات میان طرفینِ مقدر، منوط به رأی حاکم شرع است و تقدیر معتبـر در حدود شرعی در آن‌ها نیست، لذا این‌گونه موارد را نیز باید در حکم سایر مواردِ تعزیر انگاشت که به رأی حاکم مراجعه می‌شود (روحانی، ۳۷۳/۲۵؛ مشکینی، ۲۰۳؛ منتظری، ٤).

۳- وجود تعابیری از قبیل ادب، دون‌الحدّ، ربع‌الحدّ، نصف‌الحدّ، یکـی کمتـر از صـد تازیانـه و... در روایات که جملگی بر غیرحدی‌بودن این نوع مجازات‌ها دلالت دارند.

۴- اصل برائت شرعی: باتوجه‌به اینکه بـر حـدود مصـطلح شـرعی در مقایسـهٔ بـا تعزیـرات، احکـام شدیدتری از قبیل ثابت و تخلف‌ناپذیربودن، پذیرفته‌نشدن شفاعت و کفالت و قسـم و... مترتـب می‌شـود، لذا در هنگام دوران تردید میان حد یا تعزیری‌بودنِ موردی، نسبت به تکلیف شدیدتر اصل برائت ذمه جاری

می‌شود (نک: سبزواری، ۲۲٦/۲۷).

۵-۲. ادلهٔ دال بر غیر تقدیری‌بودن موارد پنج‌گانه

۱- کلمات اهل لغت: همان گونه که در بحث لغوی تعزیر گذشت، اصل در معنای تعزیر، نصرت و یاری فرد است. تعزیر به‌معنای ضربِ دون‌الحد نیز به همین معنا رجوع می‌کند. مطابق کلمات اهل لغت، آنچه در تعزیر موضوعیت دارد، تأدیب فرد خاطی به‌منظور یاری‌کردن او است؛ لذا در هیچ‌کدام از مصادیق، تعزیر خصوصیتی وجود ندارد که غیر قابل اعراض باشد (نک: مکارم شیرازی، تعزیر و گسترهٔ آن، ١٦٣تا١٦٤).

۲- تنقیح مناط قطعی: در برخی از روایات از تعزیر تعبیر به تأدیب شده است که این خود، ترادف لفظ را می‌رساند. دو مورد از روایاتی که در آن‌ها به جای تعزیز از تأدیب استفاده شده است برای نمونه بیان می‌شود:

ابوبصیر می‌گوید: دربارهٔ حکم رباخواری پس از اقامهٔ بیّنه بر آن از معصوم(ع) پرسیدم. فرمود: تأدیب می‌شود، اگر عملش را تکرار کرد، باز ادب می‌شود و اگر مجدداً عملش را تکرار کرد، کشته می‌شود (حر عاملی، ۳۷۱/۲۸).

اسحاق‌بن‌عمار دربارهٔ مجازات کسی که گوشت مردار و خون و خوک می‌خورد، از امام صادق(ع) نقل می‌کند که فرمود: «ادب می‌شوند و اگر عملشان را تکرار کردند، باز ادب می‌شوند. پرسیدم: اگر مجدداً انجام دادند باز هم تأدیب می‌شوند؟ امام فرمودند: باز هم ادب می‌شوند و دربارهٔ این افراد حدی اجرا نمی‌شود» (حر عاملی، ۳۷۱/۲۸).

«در تمام این موارد که مرتکب، مستحق مجازات تعزیری است، به جای تعزیر لفظ تأدیب به‌کار رفته است. این‌ها همگی به‌خوبی می‌رسانند که تعزیر، تأدیبی است که از باب رحمت است و منظور از آن، پاک‌شدن گناهکار از گناه و بازداشتن وی از آلوده‌شدن مجدد است» (محقق داماد، ١٩٩/٤). تعبیر از تعزیر به تأدیب مؤیدی بر گفتار اهل لغت است که در تعزیرات، نفس مجازات موضوعیت ندارد، بلکه ملاک قطعی در مجازات‌های تعزیری، منحصراً تأدیب فرد خاطی از باب رحمت و به‌منظور مساعدت او است. پس همان طور که تعبیر به تأدیب معنای گسترده‌ای دارد و نه‌تنها انواع مجازات بدنی، بلکه حتی دیگر اقسام مجازات را نیز شامل می‌شود (نک: مکارم شیرازی، تعزیر و گسترهٔ آن، ۷۲تا٧٤)، لفظ تعزیر نیز عیناً همین گستردگی و شمول را دارد و منحصر در فرد معینی نیست.

۳- حمل روایات بر بیان یکی از مصادیق تعزیر: برخی از روایات با «عن رجلٍ» و «عن إمرأةٍ» شروع شده است. به قرینهٔ این امر که راوی حکم عملی را که توسط شخصی در خارج انجام گرفته از معصوم

می‌پرسد، دانسته می‌شود تعیین عقوبت در این موارد از ناحیهٔ معصوم مربوط به همان رویداد خارجی بـوده است، نه اینکه حضرت در مقام بیان حکمی کلی برای تمامی موضوعات مشابه بوده باشند.

لذا مواردی که در روایات مقدار آن تعیین شده است، قانونی کلی نیست، بلکـه از قبیـل ذکـر مصـداق می‌باشد. بر این اساس حاکم شرع در جرم مشابه، باتوجه‌به شرایط خاصِ مجرم می‌تواند به مقدار کمتـر یـا بیشتر از آنچه در روایت آمده حکم کند (همو، همان، ١٠٧).

٤- معلق‌بودن مجازات در برخی از مواضع میان حداقل و حداکثر، صرفاً استنباط فقها از روایات است وگرنه در روایات چنین تعلیقی وجود ندارد و معصوم(ع) حکم را به‌صورت حداقل و حداکثری بیان نفرموده است؛ برای مثال در سه مورد اخیر مذکور توسط شهید ثانی، روایتی دال بر مقدار مذکور (به این شکلی کـه فقها بیان کرده‌اند) وجود ندارد. بلکه گاه معصوم(ع) در دو واقعهٔ متفاوت، دو حکم متفاوت را صادر کرده و سپس فقها در مقام جمع روایات، یکی را حمل بر حداقل تعزیر و دیگری را حمل بر اکثـر کرده‌انـد، امـا در مقام استنباط به‌گونهٔ دیگری می‌توان از روایات استفاده کرد و آن اینکه خود این اختلاف در رأی معصـوم(ع) دلیل بر آن است که نه‌تنها نفس مجازات مدنظر معصوم نبوده، بلکه تمام توجه امام بر تأدیب فـرد خـاطی و بازداشتن او از تکرار دوبارهٔ عمل بوده و ازاین‌رو در هر بار حکمی متفاوت را ذکر کرده است.

٥- احتمال دارد این روایات را از قبیل احکام حکومتی بدانیم که بـا تغییـر زمـان و مکـان تغییریـافتنی است. بنابراین حکم اولی و فتوی محسوب نمی‌شود تا تغییرنیافتنی باشد (همو، همان، ١٠٧).

٦- اصل عدم تقدیر در تعزیرات: در هنگام دوران تردید میان تقدیر یا عدم تقدیر تعزیرات، اصـلِ عـدم تقدیر جاری می‌شود.

نتیجه گیری

معاملهٔ حدگونهٔ قانونگذار با تعزیرات منصوص شرعی و برداشت موسع شورای نگهبان از آن، سبب شد تا پژوهش پیشِ روی درصدد پاسخ به این پرسش برآید که اساساً ماهیت تعزیرات منصوص شرعی و وجـه تمایز آن از حدود مصطلح چیست؟ بر اساس بررسی‌های به عمل آمده از منـابع فقهـی، مـراد از تعزیـرات منصوص شرعی منحصراً مواردی است که در روایات برای عمل معین، نوع و میزان مجازات مشخص شده است، اما درعین‌حال مشهور فقها آن را تعزیر دانسته‌اند. این در حالی اسـت کـه بـرخلاف تعریـف فقهـی شورای نگهبان از تعزیرات منصوص شرعی، در شـمول احکـام ارفـاقیِ تعزیـر نسـبت بـه سـایر مصـادیق غیرمقدر ولو آنکه به تعزیری‌بودن آن‌ها در روایات تصریح شده باشد، هیچ‌گونه تردیدی میـان فقهـا وجـود ندارد.

حدانگاری، تعزیری و مقدردانستن، تعزیری و غیرمقدردانستن، رویکردهای سه‌گانه‌ای است که فقها در قبال تعزیرات منصوص شرعی اتخاذ کرده‌اند. بر اساس نتایج حاصل از این مقاله، تعزیرات منصوص شرعی نیز همانند سایر تعزیرات غیرمقدر، مطلقاً منوط به رأی حاکم شرع است؛ به این معنا که تعیین مجازات توسط معصوم(ع) در موارد منصوص صرفاً از باب مصداق است و بنابراین تخلف از آن در موارد مشابه بلامانع است. این پژوهش علاوه بر مخدوش‌دانستن نظر فقهی شورای نگهبان، رویکرد فعلی قانونگذار در قبال تعزیرات منصوص شرعی را نیز نقدشدنی می‌داند؛ چراکه قانون‌گذار مطابق تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۱۵ ق.م.ا، از سویی این دسته از مجازات‌های مقدر را در شمار تعزیرات به حساب آورده است و از سوی دیگر در تناقض با رویکرد نخست، برخوردی حدگونه را در خصوص آن‌ها روا می‌دارد، به‌گونه‌ای که عملاً امکان جریان بسیاری از احکام ارفاقی تعزیر را دربارهٔ این کیفر تعزیری منتفی می‌سازد. حال آنکه در منابع فقهی، دلیل معتبری را نمی‌توان یافت که به‌صراحت گویای چنین رویکرد دوگانه و متناقضی باشد. به‌عبارت دیگر، ادلهٔ دال بر منتفی‌بودن نهادهای ارفاقی اشاره‌شده در تبصرهٔ مذکور منحصراً به حدود مصطلح شرعی اختصاص دارد و در شمول آن‌ها نسبت به تعزیرات منصوص، دلیل معتبری وجود ندارد.

منابع

قرآن کریم

ابن‌بابویه، محمدبن‌علی، من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٣ق.

پژوهشکدهٔ شورای نگهبان، مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص قانون مجازات مصوب ۹۲، تدوین و تنقیح جمعی از پژوهشگران، چاپ اول، تهران: پژوهشکدهٔ شورای نگهبان، ۱۳۹۲.

تبریزی، جواد، أسس الحدود و التعزیرات، چاپ اول، قم: دفتر مؤلف، ١٤١٧ق.

جاویدی، مجتبی و مهدی حمیدی، «نسبت تعزیر با نهی از منکر در فقه امامیه»، پژوهشنامهٔ حقوق اسلامی، س۱۸، ش۱، ۱۳۹٦، ص۸۱تا۱۰۸.

جمعی از نویسندگان، تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸٦.

جوهری، اسماعیل‌بن‌حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، چاپ اول، بیروت: دارالعلم للملایین، ١٤١٠ق.

حر عاملی، محمدبن‌حسن، وسائل الشیعة، چاپ اول، قم: آل‌البیت، ١٤٠٩ق.

حسینی، سیدمحمد، «حدود و تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)»، فصلنامهٔ حقوق دانشگاه تهران، دورهٔ ۳۸، ش۱، ۱۳۸۷، ص۱۲٥تا۱٤٥.

خویی، ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، چاپ سوم، قم: إحیاء آثار الإمام الخوئی، ١٤٢٨ق.

راغب اصفهانی، حسین‌بن‌محمد، المفردات فی غریب القرآن، ، بی‌جا: المکتبة الرضویة، بی‌تا.

روحانی، صادق، فقه الصادق علیه‌السلام، چاپ اول، قم: دارالکتاب مدرسه امام صادق(ع)، ١٤١٢ق.

ساریخانی، عادل و روح‌الله اکرمی، «بررسی فقهی حقوقی تعزیرات با تأکید بر قانون مجازات اسلامی مصوب ١٣٩٢»، پژوهشنامۀ حقوق کیفری، س ٥، ش ٢، ١٣٩٣، ص ١٦٢تا١٣٩.

ساریخانی، عادل و محمدهادی توکل‌پور، «مفهوم‌شناسی تعزیرات منصوص شرعی با تأکید بر نظرهای شورای نگهبان»، فصلنامۀ دانش حقوق عمومی، س ٥، ش ١٤، ١٣٩٥، ص ٩٥تا١١٥.

سبزواری، عبدالأعلی، مهذّب الأحکام، چاپ چهارم، قم: المنار، ١٤١٣ق.

شفتی، محمدباقر، مقالۀ فی تحقیق إقامة الحدود فی هذه الأعصار، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ١٤٢٧ق.

شهید ثانی، زین‌الدین‌بن‌علی، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسۀ المعارف الإسلامیة، ١٤١٣ق.

شوشتری، محمدتقی، النجعۀ فی شرح اللمعۀ، چاپ اول، تهران: کتاب‌فروشی صدوق، ١٤٠٦ق.

صاحب‌جواهر، محمدحسن‌بن‌باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحیاء التراث العربی، ١٤٠٤ق.

طباطبایی، علی‌بن‌محمد، ریاض المسائل (ط-الحدیثي)، چاپ اول، قم: آل‌البیت، ١٤١٨ق.

طبسی، نجم‌الدین، السجن و النفی فی مصادر التشریع الإسلامی، چاپ اول، قم: بوستان، بی‌تا.

طوسی، محمدبن‌حسن، المبسوط فی فقه الإمامیة، چاپ سوم، تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، ١٣٨٧ق.

ــــــــــــــــــــ، تهذیب الأحکام، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ١٤٠٧ق.

علامه حلی، حسن‌بن‌یوسف، مختلف الشیعة فی أحکام الشریعة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٣ق.

ــــــــــــــــــــ، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، چاپ اول، مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة، ١٤١٢ق.

فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة-الحدود، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمۀ اطهار، ١٤٢٢ق.

کلینی، محمدبن‌یعقوب، الکافی (ط-الإسلامیة)، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ١٤٠٧ق.

گلپایگانی، محمدرضا، الدر المنضود فی أحکام الحدود، چاپ اول، قم: دار القرآن الکریم، ١٤١٢ق.

محقق حلی، جعفربن‌حسن، المعتبر فی شرح المختصر، چاپ اول، قم: سیدالشهداء(ع)، ١٤٠٧ق.

ــــــــــــــــــــ، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ١٤٠٨ق.

محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ١٤٠٦ق.

مرتضی زبیدی، محمدبن‌محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، چاپ اول، لبنان: دارالفکر، ١٤١٤ق.

مشکینی، علی، مصطلحات الفقه، بی‌جا: بی‌نا، بی‌تا.

مقدس اردبیلی، احمدبن‌محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٠٣ق.

مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهة-کتاب الحدود و التعزیرات، چاپ اول، قم: مدرسهٔ امام علی‌بن‌ابی‌طالب، ١٤١٨ق.

ـــــــــــــــــ، تعزیر و گسترهٔ آن، چاپ اول، قم: مدرسهٔ امام علی‌بن‌ابی‌طالب، ۱۳۸۳.

منتظری، حسینعلی، کتاب الحدود، چاپ اول، قم: دارالفکر، بی‌تا.

موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، چاپ دوم، قم: مؤسسة النشر لجامعة المفید(ره)، ١٤٢٧ق.